Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

XV.

Kann ein jüngerer Ceſſionar einem älteren dadurch zuvorkommen, daß er dem abgetretnen Schuldner zuerſt die Anzeige von der geſchehenen Ceſſion macht?

Von

Herrn Dr. Knorr.

Oberappellations- und Caſſationsgerichtsrath in Darmſtadt.

§. 1.

Die hier in der Ueberſchrift aufgeworfene Frage iſt in der neueſten Zeit öfters von auch als Praktikern rühmlichſt bekannten Rechtsgelehrten erörtert und in verſchiedenem Sinne beantwortet worden. Flach[1]) und Muſſet[2]) haben ſie bejaht, während ſie von Schäffer in zwei Abhandlungen[3]) verneint worden iſt. v. Vangerow[4]) verwirft die erſtere Anſicht, jedoch nur im Allgemeinen als von allen Rechts- und Billigkeitsgründen entblößt, während Bähr[5]) nicht nur die Schäfferiſche Anſicht billigt und mit neuen Gründen unterſtützt, ſondern ſogar noch weiter geht, indem er dem erſten Ceſſionar eine Klage gegen den zweiten zuerſt denuncirt habenden Ceſſionar auf Herausgabe der vom abgetretenen Schuldner erhaltenen Zahlung, dieſem abgetretenen Schuldner dagegen, wenn er an den Ceſſionar ſeines vermeintlichen Gläubigers eine Nichtſchuld gezahlt hat, die condictio indebiti gegen jenen geſtattet. Auch in meiner Praxis habe ich öfters Gelegenheit gehabt, mich mit dieſer Frage zu beſchäftigen. So gehörte ich z. B., als damaliger Hofgerichtsrath in Gießen zu der von Schäffer

1) Entſcheidungen des Ober-Appellations-Gerichts in Wiesbaden. Thl. III. nr. XVII. S. 141 ff.

2) Zeitſchrift für Civilrecht u. Prozeß Nr. 5. Bd. 12. nr. 12. S. 339 ff.

3) Archiv für practiſche Rechtswiſſenſchaft. Bd. I. 3. Heft. S. 149 ff. und Bd. III. nr. 18. S. 403 ff.

4) Pandekten. 6. Aufl. Bd. III. §. 575. Anm. 4. S. 134.

5) In den Jahrbüchern für die Dogmatik des röm. und deutſch. Privatrechts. Bd. I. nr. 8. S. 351 ff.

in seiner ersten Abhandlung erwähnten Minorität, welche von der Ansicht ausging, daß bei der Collision verschiedener Cessionarien derjenige vorgehe, welcher dem abgetretenen Schuldner die an ihn geschehene Cession der Forderung zuerst denuncirt habe. Später, als Rath an das Ober-Appellations- und Cassationsgericht in Darmstadt berufen, hatte ich bereits im Jahr 1848, also früher, als die im Eingange dieser Abhandlung erwähnten Schriften erschienen waren, als Referent dieselbe von den Gerichten der vorderen Instanzen verneinte Frage zu prüfen. Auch jetzt bejahte ich dieselbe in Uebereinstimmung mit dem bestellten Correferenten, worauf sodann die vollen Appellationsprozesse erkannt wurden, ohne daß indessen später, weil die streitenden Theile sich verglichen hatten, ein Erkenntniß hierüber erfolgte.

Die von mir für diese Ansicht vorgebrachten Gründe stimmen aber wenigstens zum Theile mit denen nicht überein, welche Flach und Musset hierfür angeführt haben. Alles dasjenige, was diese aus der schlechteren Lage des abgetretenen Schuldners, wenn hier nicht die Priorität der Denunciation, sondern die der Cession entscheide, ableiten, scheint mir durch die deßfallsigen Ausführungen Schöffers und Bährs vollständig widerlegt zu sein. Nur für den Fall läßt sich eine durch die Cession herbeigeführte wirklich schlimmere Lage des abgetretenen Schuldners gedenken, wenn man, wie dieß von mehreren Rechtslehrern und Gerichten geschieht, dem Cessionar die Befugniß einräumt, die von ihm behauptete Cession auf dieselbe Weise und mit denselben Beweismitteln, wie jede andere bestrittene Thatsache, zu erweisen, und ihm nicht zugleich auch die Verpflichtung auferlegt, daß dieser Beweis auf eine den Schuldner gegen den Cedenten sicher stellende Art geführt wird, welche letztere Verpflichtung, ganz abgesehen von dem, was hierüber Bähr[6]) ganz richtig ausgeführt hat, sich schon ganz klar aus dem Rechte des Schuldners ergibt,

6) a. a. O. S. 446—469. Bereits in einer im Jan. 1857 erstatteten Relation hatte ich diesen bei der Cession der Forderung geltenden Grundsatz ausgesprochen, und mir vorgenommen, hierüber eine Abhandlung erscheinen zu lassen, und sie namentlich mit der vorliegenden zu verbinden, was aber jetzt durch die in jeder Hinsicht gediegenen deßfallsigen Erörterungen Bährs ganz überflüssig geworden ist.

bei Zahlung seiner Schuld eine ihn in jeder Hinsicht gegen seinen Gläubiger sicher stellende Quittung zu verlangen.

Wohl aber läßt sich, wenn man unbedingt dem ersten Cessionar vor dem zweiten (welche beide ich in der Folge der Kürze halber mit C^1 und C^2 bezeichnen werde) einen Vorrang einräumt, hierein eine schon von Hagemann[7]) angedeutete, den Verkehr mit Forderungen sehr erschwerende Gefährde erblicken, deren Anführung, ganz abgesehen davon, daß sie wenigstens einiger Maßen für meine später durch Rechtsgründe unterstützt werdende Ansicht spricht, ich schon deßhalb hier nicht unterlassen zu können geglaubt habe, weil hierdurch m. A. n. die oben erwähnte Behauptung v. Vangerows, für die Flachische Ansicht sprächen keine Billigkeitsgründe, vollständig widerlegt wird. Alsdann nämlich kann kein Cessionar sicher darüber sein, ob die Cession an ihn mit Wirksamkeit geschehen ist. Hiervon vermag ihn auch eine vorher bei dem abzutretenden Schuldner eingezogene Erkundigung nicht vollständig unterrichten, denn leicht möglich kann es sein, daß, ohne Vorwissen seines Schuldners, der Cedent früher seine Forderung an ihn einem Andern abgetreten und sich sogar selbst z. B. durch Auswanderung den Regreßansprüchen seines jüngsten Cessionars zu entziehen gewußt hat.

Allen dem wird aber vorgebeugt, wenn man die Erlöschung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Cedenten und dem deb. cess., und die Entstehung eines solchen zwischen dem letztern und dem Cessionar erst von dem Zeitpunkte der Denunciation an jenen beginnen läßt. Jeder nur einiger Maßen vorsichtige Cessionar wird gewiß nicht säumen, den abgetretenen Schuldner alsbald von der geschehenen Cession in Kenntniß zu setzen, und hierdurch es verhindern, daß ihm der Cedent oder ein anderer Cessionar zuvorkommt. Unterläßt er aber eine solche Vorsicht, so hat er es sich nur selbst zuzuschreiben, wenn er hierdurch in Nachtheil geräth. Dieses allein scheint auch Schäffer er seiner zweiten Abhandlung S. 425 zu folgender Bemerkung veranlaßt zu haben:

„Es soll übrigens nicht verkannt werden, daß eine gesetzliche „Bestimmung, welche dem denuncirenden Cessionar als solchem

7) Erörterungen. Bd. VI. Abh. 98. S. 388 ff.

„den Vorzug auch vor dem älteren Cessionar einräumte, sehr an„gemessen wäre."

Bähr S. 434 und 435 führt dagegen drei Beispiele an, in denen aus der von mir vertheidigten Ansicht Härten und Inconsequenzen hervorgehen sollen, wovon das erste also lautet:

„Ein Verwandter des Schuldners hat sich von dem drän„genden Gläubiger lediglich deshalb die Forderung cediren lassen, „um dem Schuldner hinreichende Frist zu geben oder nach Be„finden die Schuld ganz nachzulassen. Jetzt tritt unter Umstän„den, wo wegen Abwesenheit oder Tod des Cessionars die De„nunciation nicht sofort nachgeholt werden kann, der Gläubiger „von Neuem auf, und nun soll ihm, der sein Geld schon in der „Tasche hat, der bedrängte Schuldner nochmals zahlen, lediglich, „weil dieser eine Denunciation nicht beweisen kann. Wo bleibt „denn da die materielle Gerechtigkeit?"

Hier folgt indessen die materielle Ungerechtigkeit nicht aus dem von mir behaupteten Satze, daß bis zur Zeit der zum Cessionar geschehenen Denunciation an den deb. cess. keine Veränderung des Rechtsverhältnisses des letzteren zum Cedenten eintrete, sondern aus dem leider sehr oft eintretenden und materielle Ungerechtigkeiten zu Folge habenden Mangel an Beweisen. In dem von Bähr vorgelegten Falle verschuldet sogar der Schuldner selbst das ihm widerfahrene Unrecht dadurch, daß er, was in seiner Macht stand, es versäumte, sich der gehörigen Beweismittel für die an ihm geschehene Denunciation zu verschaffen.

Bähr führt sodann weiter an.

„Nach erfolgter Cession, aber vor Denunciation des Cessio„nars stirbt der Cedent und wird vom Schuldner beerbt (oder „umgekehrt). Die gemeine Lehre muß in diesem Falle sagen: „da der Cedent noch Gläubiger war, so ist durch die Beerbung „Confusion der Schuld eingetreten; der Cessionar kann daher nur „obligatorische Rechte aus der causa cessionis, so weit solche we„gen zufälligen Untergangs des zugesagten Objects stattfinden, „geltend machen."

Muß ich auch in den genannten beiden Fällen die Erlöschung der Schuld zugeben, so kann doch immer der Cessionar mit der ihm gegen seinen Cedenten oder dessen Schuldner, als Erben die-

ses Cedenten, zustehenden actio mandati contraria nicht mehr und nicht weniger verlangen, als die cedirte Forderung betragen hat.

Endlich bemerkt Bähr:

„Wird zur Tilgung einer Schuld des Cedenten an den Ces„sionar eine Forderung in solutum cedirt, so würde nach der „gemeinen Lehre die beabsichtigte Tilgung der Schuld nicht schon „durch die Cession, sondern erst durch die Denunciation bewirkt „werden. Denn bei der Zahlung ist die Befreiung kein selbstständiger „(abstrakter) Rechtsact, sondern unbedingt abhängig davon, daß „das Tilgungsmittel in das Vermögen des Gläubigers übergeht. „Wenn daher vor der Denunciation der deb. cess. insolvent würde, „so würde der Cessionar wegen seiner Schuld alsbald wieder auf „den Cedenten zurückgreifen können. Kurz man müßte auch noch „heutzutage den Satz aufstellen, welcher in der That der C 3 de „nov. zu Grunde liegt: die Cession ist unfähig, als Zahlung zu „wirken. Schwerlich aber möchte sich die Praxis zu dieser Con„sequenz der jenseitigen Doctrin verstehen wollen.

Aus der von mir vertheidigten Lehre folgt indessen nicht der von Bähr ihr untergelegte Satz, daß bei einer vom Cedenten an seinen Gläubiger in solutum cedirten Forderung die beabsichtigte Tilgung der Schuld nicht schon durch die Cession, sondern erst durch die Denunciation bewirkt werde. Es kommt vielmehr alles hierbei auf die der cessio in solutum zu Grunde liegende Absicht an, und war solche dahin gerichtet, daß hierin keine bloße Anweisung liegen, daß vielmehr durch die vom Cedenten an seinen Gläubiger geschehene Cession einer Forderung die des Gläubigers an ihn getilgt sein solle, so sehe ich um so weniger einen Grund dazu ein, einem solchen Vertrage die von den Contrahenten beabsichtigte Wirkung zu versagen, als der Cessionar ja schon gleich nach geschehener Cession den abgetretenen Schuldner hiervon in Kenntniß setzen kann.

Meine eben ausgesprochene Ansicht steht auch durchaus nicht im Widerspruche mit der also lautenden c 3 C. de novat. (8. 42):

Imp. Sondianus A. Muterno. Si delegatio non est interposita debitoris tui, ac propterea actiones apud te remanserunt, quamvis creditori tuo adversus eum solutionis causa mandaversis actiones tamen antequam lis contestetur (vel aliquid ex debito

accipiat vel debitori tuo denuntiaverit), exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris, et eo modo tui creditoris exactionem contra eum inhibere. Quodsi delegatione facta, jure novationis liberatus es, et frustra vereris, ne eo quod quasi a cliente suo non faciat exactionem, ad te periculum redundet: cum per verborum obligationem voluntate novationis interposita a debitore liberatus sis.

Bähr, welcher nun, worin ich mit ihm einverstanden bin, und worauf ich später zurückkommen werde, die von mir eingeschlossenen Worte „vel aliquid ex debito accipiat vel debitori „tuo denuntiaverit" für einen Zusatz der Compilatoren erachtet, gesteht selbst ein, daß der von ihm behauptete Satz in der angezogenen const. nicht ausdrücklich ausgesprochen worden sei. Er leitet ihn vielmehr nur als argumentum a contario aus dem letztern Satze dieser const. ab. Hiergegen ist indessen zu erinnern, daß die c. cit. nur ein Rescript auf eine uns sonst unbekannte Anfrage ist, weßhalb allein schon hieraus nicht leicht eine s. g. argumentum a contraria entnommen zu werden vermag, ferner aber, daß der Gegensatz von „frustra vereris" d. h. „fürchtest Du vergebens", nicht der ist: Du „mußt immer befürchten", sondern vielmehr auch darin bestehen kann: „Du kannst möglicher Weise befürchten". Und faßt man diesen Gegensatz im letzteren Sinne auf, so hat Gordian ganz richtig entschieden, denn ganz abgesehen von dem von mir früher erwähnten Falle, in dem der Gläubiger für die Cession der Forderung seines Schuldners, des letztern Schuld für getilgt erachtet[8]), konnte doch in vielen andern Fällen, in denen der Gläubiger als procurator seines Schuldners auftrat, der Verlust der ihm cedirten Forderung bloß ihm, weil er sie zu gehöriger Zeit beizutreiben unterlassen hatte, und nicht seinem früheren Schuldner, dem ursprünglichen Inhaber dieser Forderung, zugerechnet werden, während nicht in Abrede zu stellen ist, daß bei einer bloßen Anweisung öfters der abtretende Schuld-

8) Zur Zeit Gordians bestand die lex Anastasiana noch nicht, und es könnte demnach damals auch eine Forderung um einen geringeren Preis, als sie betrug, dem Gläubiger in solutum mit voller Wirksamkeit überwiesen werden, was öfters geschehen sein mag.

ner wegen des Verlustes der abgetretenen Forderung verantwortlich ist, oder wenigstens nicht nachzuweisen vermag, daß dieser Verlust nicht eingetreten wäre, wenn sein Gläubiger sie früher beigetrieben hätte. Kaiser Gordian hatte daher vollkommen Recht, wenn er dem anfragenden Schuldner erwiederte, durch eine Delegation, in der sein Gläubiger ihn freigebe, er dagegen seinen Schuldner, und dieser sich dem Gläubiger verpflichte, verschwinde für den Anfragenden jede Besorgniß.

Sucht aber Bähr S. 439—445 nachzuweisen, daß bei einer an den allein denuncirt habenden C^2 von Seiten des abgetretenen Schuldners erfolgte Zahlung C^1 berechtet sei, von C^2 das Gezahlte zurückzufordern, und daß dem abgetretenen Schuldner, wenn er eine Nichtschuld an den Cessionar bezahlt habe, gegen diesen unter Umständen eine conditio indebiti zustehe, so würde solchen Behauptungen entsprechende rechtliche Grundsätze, offenbar noch weit mehr den freien Verkehr mit Forderungen erschweren. Wenn nämlich der Cessionar, der noch dazu über die hier in Betrachtung kommenden Umstände, selbst wenn er es wollte, sich nicht leicht genau unterrichten kann sogar nach erhaltener Zahlung von dem abgetretenen Schuldner noch nicht sicher gegen die Ansprüche dieses oder eines früheren Cessionars sein soll, so leuchtet von selbst ein, wie sehr hierdurch der Reitz, eine fremde Forderung zu erwerben, vermindert wird.

§. 2.

Den Hauptgrund für die von einer vertheidigten Ansicht leite ich aus dem im römischen Rechte so oft ausgesprochenen Grundsatze ab, daß Verträge nur unter den Contrahenten selbst wirken, daß also der Vertrag, durch welchen Jemand sein Forderungsrecht gegen einen Dritten an eine andere Person überträgt, — der Cessionsvertrag nur rechtliche Wirkungen unter den ihn abschließenden Personen, dem Cedenten und Cessionar erzeugt. Nur im Verhältnisse zu diesen Personen kann man die Behauptung aufstellen, daß das Forderungsrecht durch die Cession aus dem Vermögen des Cedenten in das des Cessionars übergeht, welcher Ausdruck um so richtiger ist, als, wie wir nachher sehen werden, die Gesetze nach geschehener Cession dem Cessionar Mittel

gewähren, sich unabhängig von dem Willen des Cedenten, den abgetretenen Schuldner zu verbinden.

Durch den Cessionsvertrag wird also der Cedent nur dem Cessionar gegenüber verpflichtet, die abgetretene Forderung nicht selbst beizutreiben, oder sie einem Andern zu cediren. Thut er letzteres dennoch, so geht er eine neue Verbindlichkeit mit C^2 ein, welche aber auch nur in Beziehung auf ihn und diesen, nicht aber auf C^1 bezw. die von ihm diesem gegenüber übernommene Verbindlichkeit eine Wirkung äußern kann. Zwischen beiden Cessionaren besteht durchaus keine obligatio; sie sind vielmehr zwei Käufern gleich zu achten, denen, ohne tradirt zu haben, Jemand ein und dieselbe Sache verkauft hat, welcher Vergleich vielleicht alsdann sich noch schlagender darstellen dürfte, wenn der Verkäufer seine beiden Käufer ermächtigt hat, selbst den Besitz an der verkauften Sache zu ergreifen, oder sich dieselbe von einem dritten Inhaber ausantworten zu lassen. Es ist daher auch unrichtig, wenn Schäffer in seiner 2. Abhandl. S. 416 bemerkt, C^1 könne als Nachfolger des Cedenten sein Recht gegen C^2 geltend machen, denn nicht zwischen diesem und ihm, sondern nur zwischen ihm und seinem Cedenten ist durch den Cessionsvertrag eine obligatio entstanden.

Eben so wenige Wirkungen äußert der Cessionsvertrag, wenn nichts Anderes hinzugekommen ist, auf den abgetretenen Schuldner, welcher vor wie nach von dem Cedenten belangt werden kann, dagegen auch berechtigt ist, nicht nur an diesen mit der rechtlichen Wirkung zu zahlen, daß hierdurch seine Schuld getilgt wird, sondern auch mit ihm seine Verbindlichkeit modificirende Verträge mit voller Wirksamkeit abzuschließen, wobei es auch nichts entscheidet, ob er Kenntniß von dem Cessionsvertrage erhalten hat, oder nicht.

Von dieser letztern Regel enthält freilich, was ich nicht in Abrede stellen will, das fr. ult. D. de transact. (2, 15) bei der hereditas fideicommissaria und vendita, wenigstens in Beziehung auf letztere eine Ausnahme dahin, daß der Erbschaftsschuldner, welcher sich mit dem Fiduciarerben oder dem Erbschaftsverkäufer verglichen hat, aus diesem Vergleiche nur dann eine Einrede gegen die Forderung des Erbschaftskäufers oder Fiduciarerben erwächst,

wenn er zur Zeit des Abschlusses des Vergleiches von dem Fideicommisse oder dem Verkaufe der Erbschaft nichts gewußt hat. Auf keinen Fall aber kann man aus diesem bei der hereditas fideicommissaria und vendita geltenden Grundsatze eine allgemeine Regel auf alle Cessionen ableiten.

„Bei dem einen derselben bemerkt ganz richtig Mühlen-
„bruch[9]), konnte dies kaum anders sein, und bei dem andern
„fehlt es wenigstens nicht an Gründen, woraus sich eine Abwei-
„chung von der gewöhnlichen Regel rechtfertigen läßt. Der eine
„Fall betrifft nämlich die in einer fideicommissarischen Verlassen-
„schaft befindlichen Forderungen. Nur insofern, als Jemand mit
„voller Rechtswirkung Erbe eines Verstorbenen wird, darf der
„Schuldner ihn als seinen Gläubiger ansehen, und nur wenn er
„vermöge einer zu entschuldigenden Unwissenheit erbschaftliche For-
„derungen an den Fiduciarerben bezahlt, ist er von den Ansprüchen
„des fideicommissarischen Erben befreit, da das Gesetz die Erb-
„schaftsklagen gerade so auf ihn überträgt, wie wenn er der eigent-
„liche Erbe wäre, weßhalb denn auch für die Begründung der
„doli exceptio nichts als die geschehene Restitution der Erbschaft
„erfordert wird. An sich nun ist freilich von dem Verhältnisse
„eines fideicommissarischen Erben das eines bloßen Erbschafts-
„käufers sehr verschieden; allein die Römer behandeln Denjenigen,
„welcher die ihm zustehenden Erbschaftsrechte an Andere überläßt,
„in manchen Stücken, und so denn auch hier, wie den Fiduciar-
„erben, so wie den Erwerber als einen solchen, welchem aus dem
„SCtum Trebellianum eine Erbschaft restituirt ist, wie dieses
„unter anderm aus l. 54. pr. D. de hered. pet. hervorgeht. Bloß
„von diesen beiden Fällen also spricht Papinian in l. ult. D.
„de transact., und schon ihre Zusammenstellung hätte darauf auf-
„merksam machen müssen, daß hier keine für alle Arten der Ces-
„sionen geltenden Rechtsregel aufgestellt und angewendet werde,
„wie man bisher fast allgemein geglaubt hat."

Wenn dennoch Bähr S. 428 ff. nach bloß geschehener Cession der Forderung den Schuldner nur durch eine bona fide an den Cedenten geschehene Zahlung für befreit erachtet, und mit

9) Cession der Forderungsrechte. S. 494 u. 495.

Bezugnahme auf viele Gesetzesstellen, namentlich fr. 1 §. 30 depos. (16, 3), fr. 39 D. de don. i. v. e. ux. (24, 1), fr. 26. §. 1 mund. (17, 1), fr. 12. §. 2, fr. 32, fr. 34 §. 3, fr. 51, fr. 106. D. de solut. (46. 3), fr. 29. D. mund. (17. 1), nachzuzeigen sucht, daß dieser dem bona fide zahlenden Schuldner gewährte Schutz nichts Alleinstehendes, vielmehr nur eine Wiederholung vieler gleichartigen Erscheinungen sei, so übersieht er, wie ich glaube, hierbei gänzlich, daß in den in diesen Gesetzen entschiedenen Fällen der Handelnde mit demjenigen in Vertragsverhältnissen steht, dem er unter Umständen verantwortlich werden soll, und ihm deßhalb bonam fidem prüfen muß, während durch die Cession allein noch kein Vertragsverhältniß zwischen dem Cessionar und dem abgetretenen Schuldner begründet wird.

Kennt nämlich, wovon die zuerst angeführte Gesetzesstelle handelt, Jemand den Herrn eines Sclaven, der eine Sache bei ihm deponirt hat, so steht er mit diesem Herrn auch in einem Vertragsverhältnisse, das er verletzt, wenn er die Sache einem andern Herrn herausgibt.

Hat ferner ein Ehemann seiner Ehefrau Geld schenken wollen, und ihr zu diesem Behufe erlaubt, sich von seinem Schuldner dasselbe stipuliren zu lassen, so ist, wie dieß auch in fr. 39. cit. heißt, diese Stipulation als Folge einer unerlaubten Schenkung unter Ehegatten nichtig, und der Schuldner bleibt vor wie nach nur Schuldner des Ehemanns. Ihm wird daher, wenn er nach erfolgter Ehescheidung an die Ehefrau zahlt, nur alsdann geholfen, wenn er davon nichts weiß, daß der ihm vom Ehemann geschehene Auftrag, seiner Ehefrau sich verbindlich zu machen, die Folge einer Schenkung sei.

Ebenso verstößt es gegen die seinem Gläubiger gebührende bona fides, wenn, wovon die übrigen von Bähr angeführten Gesetzesstellen, mit Ausnahme der letzten, handeln, der Schuldner an den Mandatar des ersteren zahlt, obgleich er weiß, daß das Mandat durch Tod oder Widerruf erloschen ist. Mit Recht bleibt er daher alsdann noch dem ursprünglichen Gläubiger verhaftet.

Endlich stehen Hauptschuldner und Bürge in einem so innigen Vertragsverhältnisse zu einander, daß es an dolus gränzt, wie dieß namentlich in fr. 29. cit. §. 3 ausgesprochen wird, wenn

einer dem andern die dem Gläubiger geschehene Zahlung, oder der Hauptschuldner dem Bürgen eine ihm gegen die Forderung zustehende Einrede verschweigt und hieraus erklärt es sich auch leicht, daß nur, wenn ihnen diese Zahlung oder Einrede bekannt war, und sie dennoch zahlen, ihnen gegenseitige Entschädigungsansprüche abgesprochen werden.

Sollte aber auch der von mir aus der Wirkung der Verträge im Allgemeinen abgeleitete Satz, daß nicht jede Wissenschaft von der geschehenen Cession den abgetretenen Schuldner dem Cessionar gegenüber verbindlich machen, noch einer positiven Bestätigung bedürfen, so glaube ich diese mit Berücksichtigung des unbestrittenen Grundsatzes, daß die Verpfändung einer Forderung eine eventuelle Cession derselben enthält, in der vom Kaiser Alexander Severus herrührenden und also lautenden c 4 C. qua res pig. (8. 17) finden zu können:

Nomen quoque debitoris pignorari — posse, jam pridem placuit. Qua re si debitoris satis non fecerit, cui tu credidisti ille cujus nomen tibi pignori datum est, nisi ei, cui debuit, solvit nondum certior a te de obligatione tun factus, utilibus actionibus satis tibi facere compelletur.

Bedenkt man nun, daß bekanntlich, und worauf ich später zurückkommen werde, die von dem Cessionar dem abgetretenen Schulden geschehene Denunciation der Cession ein Mittel ist, diesen sich zu verbinden, so hätte der Kaiser, wenn er schon jede Wissenschaft des Schuldners von der Cession zur Begründung einer Verbindlichkeit desselben für hinreichend erachtet, hätte die Worte „a te“ gänzlich hinwegfallen müssen. Er hat dieses aber nicht gethan, vielmehr durch die Hinzufügung dieser Worte deutlich zu erkennen gegeben, daß er eine solche Wirkung nur der durch den Cessionar geschehenen Denunciation zuschreibt.

§. 3.

Jetzt gelange ich zur Beantwortung der Frage, auf welche Art das früher zwischen dem Cedenten und dem abgetretenen Schuldner bestandene Band gelößt, folgeweise letzterer, statt jenem, dem Cessionar verbindlich gemacht werden kann?

Nach dem ursprünglich römischen Recht konnte dieses nur durch das Rechtsgeschäft der Delegation geschehen, vermöge dessen der Cedent seinen Schuldner mit dessen und des Cessionars Zustimmung an diesen abtritt. Diese Art der Lösung des früheren Bandes zwischen den Cedenten und Schuldner und folgeweise Anknüpfung eines neuen Bandes zwischen dem letzteren und dem Cessionar interessirt uns aber hier nicht so sehr, wie die übrigen Arten die nach und nach das römische Recht, um dem Bedürfnisse des praktischen Lebens zu genügen, einführt.

Mit Beziehung auf v. Vangerow[10]) bemerke ich hierüber kurz das Nachfolgende. Den Römern, welche früher die Untragbarkeit eines Forderungsrechtes an einen Dritten ohne des Schuldners Willen nicht zuließen, war durch Einführung des Formularprozesses bereits eine Gelegenheit gegeben worden, diesen den freien Verkehr mit Forderungen so sehr beengenden Grundsatz dadurch einiger Maßen zu umgehen, daß, da hierin auch Stellvertreter auftreten konnten, man die Formel auf die Person dieser letztern concipirte, und der Prinzipal hierbei auf die Rechtsmittel verzichtete, die er einem gewöhnlichen Procurator gegenüber zu dem Zwecke hatte, um das durch die Litiscontestation begründete dominium litis für sich unschädlich zu machen. Hiernach war dem Cessionar, als einem procuratori in rem suam Gelegenheit gegeben worden, durch die litiscontestatio mit dem Schuldner die Schuld desselben in der Art zu normiren, daß das zwischen letzterem und seinem früheren Gläubiger bestandene Obligationsverhältniß gelößt wurde, und ein neues Obligationsverhältniß zwischen dem Schuldner und dem Cessionar entstand. Hatte daher der Cedent zweien Cessionarien eine und dieselbe Forderung cedirt, so erwarb, ganz abgesehen von der Zeit dieser Cessionen, nur derjenige Cessionar diese Forderung, der mit dem abgetretenen Schuldner litem contestirt hatte.

Die Möglichkeit des Erwerbes eines Forderungsrechtes durch Cession und nachher zwischen dem Cessionar und dem abgetretenen Schuldner erfolgte Litiscontestation genügte aber sehr wenig zum vollkommen freien Verkehr mit Forderungen, denn vor der Litis-

10) A. a. O. §. 574. Anm. 1.

contestation mit dem Schuldner, durch welche allein der Cessionar sich der Forderung des Cedenten aneignen konnte, war ihm der Erwerb dieser Forderung noch nicht hinlänglich gesichert. In der Zwischenzeit konnte eines Theils das ihm vom Cedenten ertheilte Mandat, vermöge dessen allein er die Forderung einzuklagen berechtigt war, durch dessen oder seinen Tod erlöschen, andern Theils aber war vor der Litiscontestation der Cedent noch Herr der Forderung und konnte also durch Annahme von Zahlungen vom Schuldner oder durch Eingehung neuer Verträge mit demselben das Recht des Cessionars sehr gefährden.

Die im neueren römischen Rechte, wenn gleich nur nach und nach, endlich aber jedem Cessionar eingeräumte Befugniß, gegen den ihm abgetretenen Schuldner eine s. g. actio utilis zu erheben, beseitigte zwar die ebenerwähnte erste Gefährde für den Cessionar vollständig, die zweite dagegen nur in den Punkten, daß die Anstellung einer Klage und deren Mittheilung an den Schuldner, von wo an die Anneignung derselben in Beziehung auf letzteren beginnt, der Litiscontestation vorhergeht und dem Eintritte dieses Zeitpunctes auch nicht so sehr, wie dieses bei der Litiscontestation der Fall sein kann, von dem Beklagten Hindernisse in den Weg gelegt zu werden vermögen. War aber die cedirte Forderung noch nicht fällig, so konnte der Cessionar auch keine Klage gegen den ihm abgetretenen Schuldner anstellen, und dieser blieb daher in seinem alten Schuldverhältniß zum Cedenten. Außerdem konnte es, namentlich bei Abtretung einer verzinslichen Forderung, im Interesse des Cessionars liegen, keine Klage gegen den abgetretenen Schuldner zu erheben.

Daß aber bei Aneignung der cedirten Forderung durch Anstellung einer Klage gegen den cedirten Schuldner, nicht der Cessionar, welchem der Cedent zuerst cedirt hat, sondern derjenige vorgeht, dessen Klage zuerst dem Schuldner insumirt wurde, wird wohl, als von sich selbst verstehend, keiner weiteren Ausführung bedürfen. Es ergibt sich dieses aber auch aus der in c 1 und c 2 C. de obl. et act. (4. 10) in dieser Hinsicht geschehenen völligen Gleichstellung der Erhebung einer Klage mit Litiscontestation, und ferner ganz ausdrücklich aus dem also lautenden fr. 32. D. de procur. (3. 3):

Pluribus procuratoribus in solidum simul datis occupantis melior conditio est: ut posterior non sit in eo, quod prior petit, procurator.

Denn was von dem Procurator im Allgemeinen gilt, muß auch von einem procuratore in rem suam gelten. Selbst Bähr S. 376, worauf ich später zurückkommen werde, legt diese Stelle in gleichem Sinne, wie ich, aus, und bemerkt weiter ganz richtig, daß der Ausdruck „simul datis“ das gleichzeitige Bestehen, nicht das gleichzeitige Bestellt sein bezeichneten, in welchem Sinne das Wort „simul“ auch in fr. 26. D. locati (19, 2) gebraucht worden sei.

Daß aber die Denunciation an den Schuldner, durch die man sich eine cedirte Forderung aneignen konnte, erst spätern Ursprunges als die Gewährung der analogen Klage ist, darin bin ich, wie sich in der Folge zeigen wird, mit Bähr vollkommen einverstanden.

Bevor dieses geschah und wenigstens seit der Zeit, daß der Grundsatz gesetzlich ausgesprochen wurde, Cessionen könnten ohne Wissen und Willen des abgetretenen Schuldners vor sich gehen [11]), scheint mir auch dem Cessionar ein neues Mittel, sich die cedirte Forderung anzueignen, für den Fall gewährt worden zu sein, daß nach geschehener Cession der Cedent hierzu mitwirkte, welches darin bestand, daß der Cedent und der Cessionar vereint den abgetretenen Schuldner, der diesem zu widersprechen nicht befugt war, von der geschehenen Cession in Kenntniß setzten. Wenn die Gesetze nirgends etwas von diesem Aneignungsmittel erwähnen, so erklärt sich dieses theils dadurch, daß dasselbe schon ganz klar aus dem Grundsatze, dem abgetretenen Schuldner stehe kein Widerspruchsrecht gegen die Cession zu, sich ergab, theils auch dadurch, daß nach Einführung des Grundsatzes, zur Aneignung einer cedirten Forderung genüge schon die einseitige Anzeige von Seiten des Cessionars an den Schuldner, es der Erwähnung des durch gemeinsame Anzeige des Cessionars und des Cedenten übriges auch in rechtsgeschichtlicher Beziehung ganz gleichgültigen Aneignungsmittels nicht mehr bedurfte.

---

11) C 3 C. de hered. v. act. vend. (4. 39), c 1 C. de nov. (8. 42).

Bei diesem letzteren Aneignungsmittel, bei dem der Cedent, dessen Verhältniß zum abgetretenen Schuldner früher noch gar nicht verändert worden ist, selbst mitwirkt, versteht sich von selbst, daß eine vielleicht an einen Andern geschehene Cession, auf die neue zwischen dem Cessionar und dem abgetretenen Schuldner entstandene Obligation durchaus keinen Einfluß ausüben kann, und daß, wird hiervon Gebrauch gemacht, alle früher erwähnten Hindernisse des freien Verkehres schwinden. Es erfordert indessen immer eine Mitwirkung des Cedenten nach geschehener Cession, die derselbe, obgleich er durch eine Klage hierzu oder zur Leistung des Interesses gezwungen zu werden vermag, dennoch verweigern kann.

Jetzt erst gelange ich zu der Denunciation von Seiten des Cessionars an den abgetretenen Schuldner von der geschehenen Cession, der ich dieselbe Wirkung, wie allen früher erwähnten Aneignungsmitteln einer cedirten Forderung zuschreibe, denn es ist durchaus kein Grund vorhanden, weßhalb man jenem Aneignungsmittel einer cedirten Forderung eine andere weit beschränktere Wirkung, welche sich nur auf den Cedenten und seine spätern Cessionarien, nicht aber auf die vorhergehende erstreckt, als den andern frühern schon vorhanden gewesenen Aneignungsmitteln zuschreiben sollte.

Mit vollkommenem Rechte hat daher Mühlenbruch[12]), wie dieses auch früher von mir geschehen ist, den Cessionsvertrag mit einem Kaufvertrage verglichen, und der Denunciation eine ähnliche Wirkung wie der Tradition zugeschrieben. Er bemerkt zwar kurz zuvor S. 502.

„Hieraus wird sich auch leicht die Frage entscheiden lassen: „wenn der Gläubiger dieselbe Forderung zu verschiedenen Zeiten „an Mehrere abgetreten hat, ob im Collisionsfall dem ersten oder „zweiten Cessionar des Gläubigers der Vorzug zustehe? Der „letztere kann immer nicht mehr Rechte erhalten, als dem Gläubiger „selbst zustehen, er kann also auch den ersteren nur auf die nämliche Weise ausschließen, wie sein Auctor hätte thun können. „Darum darf man denn aber freilich noch nicht sagen, daß dem

12) A. a. O. §. 48. S. 305 ff.

„ersten Cessionar vor dem folgenden ein so unbedingter Vorzug zustehe,
„wodurch ein Zuvorkommen für den zweiten ganz unmöglich werde;
„vielmehr befreit eine ihm re integro (d. h. vor erfolgter Be-
„nachrichtigung durch den ersten) geleistete Zahlung oder auch ein
„pactum de non petendo, den Schuldner eben so wohl von den
„Ansprüchen des Cessionars, als dieß der Fall ist, wenn er sich
„mit dem Gläubiger selbst eingelassen hat."

Die Rechtslehrer aber, wie z. B. Schäfer in seiner ersten Abhandlung S. 159 u. 160, zweite Abhdl. Not. 15, Bähr S. 437 u. 438, Flach S. 142 und Mussel S. 356 u. 357., welche in diesen Worten eine Verwerfung meiner Ansicht erblicken, scheinen mir offenbar zu irren. Schon in meiner im Jahre 1848 erstatteten Relation hatte ich hierüber angeführt:

„Mir scheint nämlich Mühlenbruch, was sich schon aus
„dem hier angeführten ersten Satze hinlänglich ergibt, bei dem
„letzten Satze nur Beispiele angeführt, und dabei, was allerdings
„zu Mißverständnissen die Veranlassung geben kann, es anzufüh-
„ren unterlassen zu haben, daß auch eine frühere Denunciation
„von Seiten des nachfolgenden Cessionars den ersten Cessio-
„nar ausschließe."

„Außerdem sprechen für meine Auslegung der Worte Müh-
„lenbruchs noch folgende beide Umstände.

„1) Er hat zur Zeit der dritten Auflage seines Werkes über
„die Lehre von der Cession der Forderungsrechte die vorhin er-
„wähnte Schrift Huschkes[13]) hinlänglich gekannt, und auf die-
„selbe sehr oft Bezug genommen. Er würde daher, wenn er in dem
„hier zur Sprache kommenden äußerst wichtigen Punkte eine
„entgegenstehende Ansicht hätte vertheidigen wollen, gewiß dieselbe
„ausführlicher erörtert haben.

„2) In demselben Werke behauptet Mühlenbruch S. 529
„in besonderer Beziehung auf den so eben angeführten Huschke,
„daß von verschiedenen Pfandgläubigern an ein und derselben
„Forderung, derjenige, ohne Beziehung auf das Alter des Pfand-
„rechtes, unbedingt vorhergehe, welcher zuerst dem Schuldner de-
„nuncirt habe."

13) Ueber das Pfandrecht an Forderungen.

Aller Zweifel über die Anſicht Mühlenbruch's verſchwindet aber, wenn man hiermit den zum Belege derſelben angeführten Sande de cessione cap. X §. 8 vergleicht, ein Werk, das ich mir früher nicht verſchaffen konnte, und deſſen caput. 8, nach not. 2 der erſten Schäferſchen Abhandlung alſo lautet:

Dispiciendum arbitror utram utraque cessio facta sit re integru h. e. antequam intervenerit unum ex tribus a Gordiano propositis in c 3 C. de novat, et tunc cessionarii prucoccupantis meliorem esse existimo. Nam re integra actio directa, eademque efficax, apud cedentem remanserit, nihil prohibet, quo minus eius exercitium rursus alteri mandare possit. Hoc vero casu potior erit, qui vel prior debitori denunciavit, vel cum eo litem contestatus est, vel partem debiti accepit. Nec refert, quod in priorem cessionarium actio utilis translata sit, ea enim inefficax est, antiquam unum existis tribus, quae a Gordiano in c 3 C. de nov. recensentur, intercesserit. Si re non integra (h. e. postquam cessionarius unum existis tribus adimpleverit) secunda cessio sit facta, priorem cessionarium praeferendum existimo. Est enim haec secunda cessio inutilis, et nullius momenti, ideo, quod eotempore sit facta, quo cedens ipse actionem, cessionario invito, movere non potuit.

Aber auch ganz abgeſehen hiervon ſetzt die S. 316 abgedruckte c 3 C. de nov. et deleg. die Denunciation auch in ihren Wirkungen der Litisconteſtation ganz gleich.

Bähr erachtet freilich, wie bereits früher bemerkt, die hier entſcheidenden Worte „vel aliquid ex debito accipiat vel debitori tuo denunciaverit“ für ein Einſchiebſel der Compilatoren, und hat hier für S. 392, 393, 499 und 500 ſehr gewichtige Gründe angeführt, denen ich nur noch den hinzufüge, daß eine Litisconteſtation ſo wenig wie eine Abſchlagszahlung ohne eine Denunciation an den debitor cessus ſich denken läßt, wie dies letzterer auch Muſſet a. a. O. S. 348 und 349 ganz richtig nachgezeigt hat, daß alſo, wenn zu Zeiten Gordians die Denunciation mit ihrer Wirkung ſchon eingeführt geweſen wäre, es der Erwähnung der Litisconteſtation gar nicht bedurft hätte.

Darauf aber, ob dieſe Stelle als ein Zuſatz der Compilatoren ſich darſtellt, oder ob dieß nicht der Fall iſt, ſcheint mir

nicht das Mindeste anzukommen, denn gerade durch die Interpolation suchten die Compilatoren früher anders lautende Gesetze mit den zu ihrer Zeit geltenden in Einklang zu bringen. Ich erachte mich daher auch einer weitern Untersuchung darüber enthoben, ob und wie weit die ebenfalls von einer Denunciation sprechende und früher schon wörtlich angeführte c 4 C. quae res pignori und das eine Denunciation voraussetzende und also lautende fr. 55. D. procur. (3. 3).

„Procuratorem in rem suam dato praeferendus non est „dominus procuratori in litem movendam, vel pecuniam „suscipiendam, qui enim suo nomine utiles actiones habet, „recte eas intendat“ von den Compilatoren ebenfalls interpolirt sind.

Ich will ferner auch die Behauptung Bährs nicht bestreiten, daß das Mittel, sich durch Denunciation an den abgetretenen Schuldner die Forderung des Cedenten anzueignen, nicht einem Gesetze, sondern vielmehr nur dem Gerichtsgebrauche seinem Ursprung verdankte. Hieraus ergab sich aber für die Compilatoren die Nothwendigkeit, diesen Gerichtsgebrauch durch Interpolation an irgend einer Stelle bemerkbar zu machen, und hierzu war wohl die c 3 cit. die geeigneteste.

Musset S. 359 erachtet aus dem Grunde, weil nach den früher in Note 11 von mir angeführten von Kaiser Sever herrührenden Constitutionen, nämlich c 3. C. de hered. vel. act. vend. und c 1. C. de nov. et deleg., wovon erstere nur ein Auszug aus letzterer ist, dem Schuldner kein Widerspruchsrecht gegen die Cession zustehe, die Gesetze seine Einwilligung vielmehr supplirirten, die Denunciation materiell und in der That nach selbst für eine Delegation. Mir scheint es aber richtiger zu sein, obgleich es auf einen bloßen Wortstreit hinausläuft, hier von keiner Delegation im Sinne des römischen Rechts zu reden, denn die also lautende c 1 cit. Delegatio debiti, nisi consentiente et stipulanti, promittente debitore, iure perfici non potest. Nominis autem venditio et ignorante vel incito eo, adversus quem actiones mandantur, contrahi solet setzt in ihrem ersten Satze die Einwilligung des abgetretenen Schuldners zum Begriffe der

Delegation unbedingt voraus, ohne daß sie hiervon in ihrem zweiten Absatze einer Ausnahme festzustellen beabsichtigt.

Darin, was ich früher übersehen hatte, stimme ich aber Mussel vollkommen bei, daß der in den citirten Constitutionen ausgesprochene Grundsatz aller Wahrscheinlichkeit nach die Veranlassung zur Erhebung der bloß vom Cessionar ausgehenden Denunciation an den abgetretenen Schuldner zu einem Mittel, sich die cedirte Forderung anzueignen, abgegeben haben mag, und ebenso auch den Gründen, die er dafür anführt, daß die Gesetze sich mit der bloßen Denunciation des Cessionars zur Vollendung des Rechtsgeschäftes der Cession begnügt haben.

Zur Rechtfertigung meiner Ansicht, daß bei verschiedenen Cessionen einer und derselben Forderung derjenige Cessionar, ohne Rücksicht auf das Alter der Cession, allen übrigen Cessionarien vorgeht, welcher dem abgetretenen Schuldner zuerst die stattgefunden habende Cession anzeigt, bedarf ich daher auch nicht der nachfolgenden ganz richtigen Mussetischen Bemerkungen, welche wenigstens theilweise schon als Folgesätze des von mir ausgesprochenen Grundsatzes „Verträge wirken nur unter den Contrahenten" erscheinen. Mussel bemerkt nämlich S. 363 u. 364: „der Ce„dent konnte doch dem C² nur sein Recht, nicht aber seine gegen „einen Dritten (den C¹) übernommene vertragsmäßige Verbind„lichkeit übertragen, indem Verbindlichkeiten nicht cedirt werden „(können)."

ferner S. 366 u. 367:

„Offenbar anwendbar dagegen ist die andere Regel: was „der Cedent sich gefallen lassen muß, oder Rechte gegen den „Cedenten wirken auch gegen dessen Cessionar. Daraus folgt nun, „daß, da der Cedent durch Litiscontestation, Annahme einer Ab„schlagszahlung und Denunciation von der Forderung vom Ces„sionar ausgeschlossen werden kann, auf gleiche Weise auch sein „Cessionar von demjenigen ausgeschlossen sein muß, welcher den „Cedent ausgeschlossen hat. Dieses ist der Fall bei demjenigen „ersten oder zweiten Cessionar, welcher zuerst den Cedenten und „mit ihm also dessen andere Cessionare durch Benachrichtigung ꝛc. „ausschloß,"

endlich S. 367:

„Da in c 3 de nov. die Benachrichtigung an ihrer Wir-
„kung der Zahlung und Litiscontestation ganz gleich gestellt ist,
„so ist nicht abzusehen, warum sie von C² zuerst gebraucht diese
„ausschließende Wirkung bloß dem Cedenten, und nicht auch dem
„C¹ gegenüber haben sollte."

In dem Not. 5 angeführten ersten Bande der Jahrbücher, in dem auch die früher von mir oft erwähnte Abhandlung Bährs enthalten ist, billigt auch ein sehr gediegener Rechtslehrer, näm-lich Ihering bei der Gelegenheit, daß er sich über andere Rechts-materien ausspricht, meine Ansichten über den Vorzug des zuerst denuncirenden Cessionars, so wie über einige zur Begründung dieses Vorzugs ausgesprochenen Sätze. So bemerkt derselbe S. 114: „Was die Tradition beim Eigenthume, soll die Denunciation bei „der Forderung; sie hat in dem Zweck der practischen Ueber-„tragung eine Forderung, nicht in dem dafür allein zu Ge-„bote stehenden juristischen Mittel, der Cession der Klage „ihren Grund,"

sodann S. 115:

„Eine Entziehung der Klage gegen den Denunciaten beraubt „den Cedenten einer Forderung practisch seines Rechts, der „Zweck der Ausschließung des Gläubigers und aller Andern auf „die er später die Ausübung des Rechts übertragen wolle, ist „durch den Act der Denunciation an den Einen Schuldner voll-„kommen erreicht,"

endlich S. 346:

„Vor der Denunciation kann er (der Ersatzmann) also wie „jeder andere debitor cessus dem Cedenten Zahlung leisten, auch „wenn er anderweit Kunde von der Cession erlangt hat, oder von „Anfang an um das Verhältniß des Ersatzmanns zum Principal „wußte."

§. 4.

Auf einer ganz eigenthümlichen Weise sucht aber Bähr seine mir entgegenstehende Ansicht zu begründen, indem er durch den Cessionsvertrag ein gleichsam dingliches Recht für den Cessionar entstehen läßt. Ehe ich zur besondern Widerlegung dieser An-sicht, welche den Schluß dieser Abhandlung bilden wird, schreite,

will ich noch auf eine Folge aus dem von mir aufgestellten Grundsatze aufmerksam machen, die, unter der Voraussetzung der Richtigkeit meiner Ansicht, verschieden von Schäffer und mir beurtheilt wird.

Erfordert nämlich in der Regel auch der Uebergang einer Forderung an einen Andern die Einwilligung des Inhabers derselben, so kann sie dennoch auch Folge einer richterlichen Verfügung sein, in welchem Falle der Richter die mangelnde Einwilligung des Gläubigers ergänzt. Namentlich geschieht dieses nicht nur bei der gerichtlichen Beschlagnahme einer Forderung des Gläubigers, sondern auch alsdann wenn über ihn Concurs erkannt, und also hierdurch seine Forderung vorerst an seine Concursmasse übergeht, und in diesen beiden Fällen vertritt die Eröffnung der richterlichen Verfügung an den Schuldner des Gläubigers die Stelle der Denunciation mit aller ihrer Wirkung. Obgleich nun Schäffer die Richtigkeit dieser Sätze zugibt, so stellt er letztere doch als eine allzustarre juristische Consequenz dar, und bemerkt in dieser Hinsicht noch weiter S. 426 ff.

„Obgleich nämlich der Cedent der Cession ungeachtet die abgetretene Forderung so lange noch beitreiben darf, bis der debitore cessus von der Abtretung durch den Cessionar in Kenntniß gesetzt worden ist, so verträgt sich doch die Ausübung dieser Befugniß nicht mit Treu und Glauben. So sagt namentlich c 6 C. de hered. v. act. vend. 4. 39 von dem Verkäufer einer Erbschaft, wenn derselbe die Erbschaftssachen, ehe er sie tradirt hatte, weiter veräußerte, fidem contractus fregit, obwohl er dieß thun durfte, weil ihm in Ermangelung der Tradition das Eigenthum verblieben war. So wird ferner in fr. 3 §. 1 D. de stell. 47. 20 die Veräußerung einer verpfändeten Sache oder deren Hingabe an Zahlungs Statt als Stellionat bezeichnet; dasselbe muß von der Veräußerung einer verpfändeten Forderung gelten, und da die Verpfändung eines nomen in gewisser Beziehung eine bedingte Cession enthält, so folgt daraus, daß die Gesetze die weitern Cession einer bereits abgetretenen Forderung für eine Unredlichkeit halten. Und so wird es auch als dolos bezeichnet, wenn der Verkäufer einer Erbschaft nichts desto weniger Erbschaftsschulden einklagt, es soll einer solchen Klage wenig-

„stens mit der exc. doli begegnet werden können fr. 1 D. de „pact. 2. 14. Vermag es nun ein Gläubiger, welcher eine Forde„rung bereits cedirt hat, vor der nach strengen oder formellen Rechte „ihm zustehenden Befugniß, vor der Denunciation des Cessionars „über die Forderung weiter zu verfügen, Gebrauch zu machen, „welche Befugniß er nur auf Kosten seines guten Namens aus„üben kann, so erwirbt der zweite Cessionar allerdings Rechte aus „der weiteren Cession. Etwas Anderes ist es aber, wenn ohne Wissen „und Willen des Cedenten, vielleicht gegen ausdrücklichen Wider„spruch desselben, oder dessen Versicherung zuwider, lediglich dar„auf hin, daß der Gläubiger des Cedenten die bereits abgetretene „Forderung als Executionsobject benannt, oder dessen Pfändungs„personal sie ohne nähere Erkundigung als solches aufgezeichnet „hat, der Ausstand gerichtlich in Beschlag genommen worden ist. „Der Cedent kann nicht gezwungen werden, durch nochmalige Ab„tretung der cedirten Forderung eine Unredlichkeit zu begehen. „Ein Gläubiger kann zwar darauf dringen, seiner Befriedigung „halber in ein Forderungsrecht seines Schuldners eingewiesen zu „werden, und durch die erfolgte Einweisung eine actio utilis gegen „den debitor debitoris erlangen, gleich als wenn ihm die Forde„rung cedirt worden wäre. Ist indessen die Forderung bereits „abgetreten, und dadurch dem Cessionar ein unwiderrufliches man„datum in rem propriam zur Beitreibung der Forderung ertheilt „worden, dem Cedenten aber bloß die Möglichkeit geblieben, die „Ausübung des dem Cessionar übertragenen Rechtes durch weitere „Abtretung der Forderung oder eigne Eincassirung derselben zu „vereiteln, so kann die cedirte Forderung für einen eigentlichen, „dem Angriffe von Gläubigern blosgegebenen Vermögenstheil des „Cedenten nicht mehr angesehen werden. Daher läßt sich auch „nicht annehmen, daß das Gericht durch seine Autorität dem feh„lenden Willen des Cedenten habe supplimiren, und auf solche „Weise ein vom Cedenten selbst nicht gewolltes Handeln gegen „Treu und Glauben zur Grundlage eines Rechtserwerbes habe „machen wollen. Es muß vielmehr unterstellt werden, daß die „nicht auf Angabe des Schuldners hin erfolgte Beschlagnahme „nur unter der Voraussetzung decretirt worden sei, daß die For„derung als wirklicher, der unbeschränkten Disposition des Gläu-

„bigers bezw. Schuldners unterworfener Vermögenstheil desselben „angesehen werden könne, was sich aber von einer bereits abge„tretenen Forderung, die der Cessionar als zu seinem Vermögen an„gehörig betrachten, und selbständig mit einer act. utilis geltend „machen, auch auf seine Erben transmittiren kann, nicht sagen „läßt."

Bestreiten läßt es sich nun freilich nicht, daß derjenige, welcher eine und dieselbe ihm zustehende Forderung nach und nach an verschiedene Personen cedirt, eine Unredlichkeit begeht. Bezweifeln muß ich indessen, daß die Veräußerung einer verpfändeten Forderung, mithin auch deren nochmalige Verpfändung oder Einziehung ein Verbrechen des Stellionats im Sinne des römischen Rechtes bildete. Das von Schäffer zum Belege für seine Ansicht angeführte fr. 3 §. 1 D. de stell. paßt deßhalb nicht hierher, weil es nur von dem Pfandrechte an einer körperlichen Sache, also einem hieran erworbenen dinglichen Rechte des Pfandgläubigers redet, was sich, wie ich bei Widerlegung der Bährischen Ansicht noch näher darthun werde, nicht unbedingt auf eine verpfändete Forderung anwenden läßt.

Mag nun auch aus den von Schäffer angeführten Gründen der Richter, dem nach gemeinem Rechte die Leitung der Execution gegen einen verurtheilten Schuldner zusteht, und der nach fr. 15. §. 8 D. de re jund. (42. 1). nur in Ermangelung anderer Vermögensgegenstände diese Execution auf ausstehende Forderungen ausdehnen darf nicht leicht, wenn er es weiß, abgetretene Forderungen des Schuldners, von deren Abtretung dessen Schuldner noch nicht in Kenntniß gesetzt worden ist, in Beschlag nehmen, ja sogar, wenn er erst nach der Beschlagnahme in Kenntniß gesetzt wird, unter Umständen sich veranlaßt finden, diese Beschlagnahme wieder zurücknehmen; so befindet sich dennoch eine abgetretene Forderung noch so lange im Vermögen des Schuldners, mit welchem er seinem Gläubiger verhaftet ist, als sein Cessionar sich diese Forderung noch nicht angeignet hat, kann deßhalb auch bis dahin ein Executionsobjekt abgeben. Es verhält sich hiermit ganz auf gleiche Weise, wie bei einer verkauften Sache, deren Tradition noch nicht erfolgt ist. Vor mehreren Jahren haben wir einen Fall der letzten Art entschieden.

Eine gewisse Gemeinde hatte nämlich bei einem Spritzenmacher eine Feuerspritze bestellt, den hierfür bedungenen Kaufpreiß auch bereits gezahlt, die Spritze aber wegen angeblichen Fehlern, die der Spritzenmacher noch verbessern sollte, noch nicht in Empfang genommen. In der Zwischenzeit wurde indessen über das letztere Vermögen der Concurs erkannt. Als nun die Gemeinde das Eigenthum der für sie erbauten Feuerspritze gegen den Curator der Concursmasse in Anspruch nahm, so bestritt dieser diesen Anspruch, und wir sprachen das bestrittene Eigenthum der Feuerspritze der Concursmasse zu, der Gemeinde es überlassend, den bereits bezahlten Kaufpreiß als Chirographargläubigerin gegen die Concursmasse geltend zu machen.

§. 5.

Was endlich die Ansicht Bährs anlangt, so unterscheidet dieser zwischen einem Delegations- und Cessionsbegriffe. Unter dem ersteren versteht er den zur Zeit des ursprünglichen Standpunktes der Lehre von der Cession bestanden habenden, den sie damals einnahm, als der Cessionar sich die Forderung nur durch Delegation aneignen konnte, gleichviel ob der Schuldner in diese Delegation ausdrücklich einwilligte, oder wegen mit ihm erfolgter Litiscontestation jene als geschehen angenommen werden mußte. Den Gegensatz hiervon, nämlich den Cessionsbegriff, beschreibt Bähr, nachdem er zuvor von dem mandatum ad agendum und dessen Erwachsen zu einem völlig consolidirten Rechtsgeschäfte geredet hatte, S. 371 und 372 wörtlich auf folgende Art:

„Es gesah dies dadurch, daß man die dem i. r. s. procurator „ertheilte Ermächtigung zur Klagenerhebung als unwiderruf„lich und vererblich betrachtete. Dadurch wurde das, was „bisher nur ein Anrecht, nur die Hoffnung auf einen vollendeten „Rechtserwerb abgegeben, zu einem wirklichen schon in sich voll„endeten Rechtserwerbe umgewandelt. Zwangsrechte wider den „Schuldner und Unwiderrufbarkeit von Seiten des Gläubigers „waren die beiden festen Punkte, innerhalb deren sich der Raum, „zwischen Klagenermächtigung und Litiscontestation mit einem „gleichsam sachlichen Rechtsstoffe füllte, welcher den Gegenstand „einer Vermögungsübertragung abzugeben im Stande war. Die-

„sen Rechtsstoff bildete das Recht zur Klageerhebung, „welches unwillkührlich das Recht an dem klagbaren Anspruch „selbst nach sich zog. Diese letzte Entwicklung sehen wir im rö„mischen Recht gleichsam vor unsern Augen vor sich gehen. Durch „sie wandelte sich das mandatum ad agendum in ein eigenthümliches „Rechtsgeschäft, in die Cession um. Dieselbe ist ein Vertrag „aber nicht ein obligatorischer Vertrag, sondern ein Vertrag nach „Art dinglicher Verträge, und namentlich der Tradition „analog. Wie diese das Recht an eine Sache, so überträgt jene „ein Klagrecht, welches als Vermögensobject gedacht. Da nur „bei Obligationen der richtliche Inhalt eben nur in dem Klag„rechte besteht, so kann man sagen: die Cession überträgt „die Obligation."

Den Worten „dingliche Verträge" fügt Bähr folgende Note hinzu:

„Vergl. über diesen Begriff Savigny Syst. III. S. 312."

An dieser Stelle handelt nun wirklich Savigny von Fällen, in denen unmittelbar durch den Vertrag ein dingliches Recht an einer Sache entsteht, und behauptet von ihnen, unter die er auch die Tradition, ferner die Verpfändung einer Sache ꝛc. rechnet, man könne sie zur schärferen Unterscheidung von den übrigen obligatorischen Verträgen, als dingliche Verträge bezeichnen.

Ehe ich nun darauf eingehe, auf welche Weise Bähr diese Abänderung des früheren Rechtes gesetzlich nachzuweisen sucht, erlaube ich mir zuvor eine Stelle aus meiner früheren Relation hier anzuführen, in der ich, ohne Berufung auf ein Gesetz, schon aus allgemeinen Gründen die Irrigkeit der Bährischen Auffassung dargethan zu haben glaube.

„So frei Jemand über die zu seinem Vermögen gehörenden „Sachen zu verfügen befugt ist, so unbeschränkt steht ihm diese „Befugniß auch hinsichtlich der einen Bestandtheil dieses Ver„mögens ausmachenden Forderungen zu. Nur ein aus der „Natur der Sache folgender Unterschied findet bei diesen beiden „Arten von Vermögensgegenständen Statt, welcher auch auf ihre „Uebertragung auf Andere seine Wirksamkeit äußert. An den „ersteren, nämlich den Sachen, steht dem Eigenthümer ein ding„liches d. h. gegen jeden Dritten geltend zu machendes Recht

„zu. Er ist deßhalb befugt, dieses Recht entweder in seinem „ganzen Umfange, oder einzelne Bestandtheile desselben, z. B. „Dienstbarkeiten, Pfandrechte ꝛc. mit derselben Wirkung auch „gegen Dritte auf andere Personen zu übertragen.

„Anders verhält sich dieses hingegen bei persönlichen „Forderungen, weil hier von einem Eigenthümer in dem oben „beschriebenen Sinne keine Rede sein kann. Da nun Niemand „mehr Rechte übertragen kann, als ihm zustehen, bei einem per„sönlichen Forderungsrechte für dessen Inhaber aber nur ein per„sönlicher, nicht dinglicher Anspruch begründet ist, so ver„mag er auch nur jenen weiter an Andern zu übertragen. Bis „jetzt ist es auch meines Wissens noch keinem Rechtslehrer ein„gefallen zu behaupten, daß derjenige, welchem ein persönli„ches Forderungsrecht gänzlich übertragen wird, hierdurch ein „dingliches gegen jeden Dritten geltend zu machen das Recht „erlangt. Sonderbarer Weise haben indessen manche Rechts„lehrer, in der neueren Zeit noch Trosche in seinem Verpfän„dungsrechte des Pfandgläubigers Güsterow 1834. S. 75 ff. „die Behauptung aufgestellt, dieses verhalte sich anders bei der „Verpfändung einer Forderung, indem hierdurch der Pfandgläu„biger eine gegen jeden Dritten zulässige actio hypothecaria er„lange.

„Was aber vom Ganzen gilt, muß auch bei jedem einzelnen „Theile desselben gelten. Ist es nun ferner gewiß, daß ein „Pfandrecht dem Gläubiger nur das Recht einräumt, unter „gewissen Verhältnissen die Rechte des Pfandschuldners „an der verpfändeten Sache oder Forderung zu zer„stören, so ist das Pfandrecht an Sachen nur ein Theil des „Eigenthums, das Pfandrecht an Forderungen dagegen „nur ein Theil des hier an dem Pfandschuldner zustehenden per„sönlichen Rechtes. An ersterem kann daher durch die Pfand„bestellung ein dingliches, an letzterer aber nur ein persönliches „Recht bestellt werden."

Schon diese wenigen Bemerkungen werden zum Beweise genügen, daß die von Bähr geschehene Vergleichung des Rechtsgeschäftes der Cession mit den von Savigny s. g. dinglichen

Verträgen, deren Gegenstand, wie schon bemerkt, bloß körperliche Sachen sind, sich nicht als ganz treffend darstellt.

Bähr führt sodann weiter S. 381 an:

„Zuerst machte sich bei der Uebertragung ganzer Erbschaften „das Bedürfniß fühlbar, daß nicht ein so wichtiger Theil des Ver„mögens, wie die Erbschaftsforderungen in dem Vermögen des „Nominalerben verbliebe[14]). Dem Andrang des hierin liegenden „Verkehrsbedürfnisses konnte das Recht nicht widerstehen; es mußte „ein Mittel gefunden werden, an die Ueberweisung eines Klage„rechts, unabhängig von der Fortdauer des guten Willens und „Lebens der Betheiligten, die Möglichkeit zu knüpfen, die Forde„rung zu realisiren. Man fand dieses Mittel darin, daß man „dem Cessionar eine utilis actio d. h. eine an die Obligation „des ursprünglichen Berechtigten sich anknüpfende selbständige „Klage gewährt" und führt sodann weiter auf den folgenden Seiten aus, wie an die dem Fideicommißerben und dem Erbschaftskäufer ertheilten analogen Klagen, sich wahrscheinlich die des Pfandnehmers einer Forderung, sodann die des Käufers einer Forderung, ferner die gleiche Berechtigung anderer Forderungserwerber, mit Ausnahme der Schenknehmer einer Forderung sich angeschlossen habe, bis dann endlich Justinian durch die vom 1. Juni 528 datirende c 33 C. de donat. (8. 54) diese letztere Ausnahme aufgehoben, und auch den Schenknehmern einer Forderung eine analoge Klage ertheilt haben. Er beruft sich, um diese allmälige Ausbildung der Abänderung des Begriffes der Cession nachzuweisen, auch auf viele Gesetzesstellen, namentlich auf §. 41 (12. 23) fr. 16 de pact. D. (2. 14), c 5 u. 8. C. de hered. vel. act. vend. (4. 39), fr. 27. §. 7. D. ad SCtum Trebell. (36. 1), fr. ult. D. de transact. (2. 15), fr. 18. D. de pignor. act. de pignorat. act. (13. 7), c 4 C. quae res pig. obl. (8. 17), c 1 und 2 C. de obl. et act. (4. 10) und c 5 C. Quando fisco. priv. (4. 15), welche Gesetzesstellen indessen nur den Personen, die eine fremde Forderung von ihrem früheren Inhaber abgetreten erhalten haben, eine analoge Klage, ein s. g. actio utilis gestatten. Sie enthalten alle nichts mehr und

14) Hierüber habe ich bereits früher meine der Mühlenbruchischen sich ausschließende Ansicht ausgesprochen.

nichts weniger als die von Diocletian, zu dessen Zeit nach Bähr das Recht der utilis actio zu einer größeren Allgemeinheit gelangt sein soll, herrührende c 8 C. de hered. vel. act. vend., welche also lautet:

Ex nominis emptione dominium rerum obligatorum ad emptorem non transit: sed vel in rem suam procuratore facto, vel utilis, secundum ea, quae pridem constituta sunt, ex empto creditoris persecutio tribuitur

oder die also lautende c 2 C. de obl. et act.:

Nominibus in dotem datis quamvis nec delegatio praccesserit, nec litiscontestatio subsecuta sit: utilem tamen marito actionem ad similitudinem eius, qui nomen emerit, dare opportere, saepe rescriptum est.

Darin bin ich mit Bähr vollkommen einverstanden, wie ich dieß auch früher schon ausgesprochen habe, daß zum freien Verkehr mit Forderungen die alte Form der Uebertragung durch Delegation, auch wenn solche von dem Cessionar gegen den debitor cessus durch Litiscontestation erzwungen werden konnte, nicht mehr genügte, und daß deßhalb ein Mittel aufgefunden werden mußte, um an die Ueberweisung, wie Bähr sich selbst ausdrückt, unabhängig von der Fortdauer des guten Willens und Lebens der Betheiligten, die Möglichkeit zu knüpfen, die Forderung zu realisiren. Er schränkt hier dieses Bündniß selbst auf die Betheiligten ein, und wer betheiligt sich bei dem Cessionsvertrage? Keine andere Person als der Cedent und der Cessionar. Daß aber diesem Bedürfnisse, wenngleich nur allmälig, durch die dem Cessionar gewährte actio utilis vollständig Rechnung getragen worden ist, habe ich gleichfalls früher schon angeführt.

Weiter ging das practische Bedürfniß aber nicht, weil, wenn gleich nur nach und nach, dem Cessionar hinreichende Mittel gegeben worden waren, die abgetretene Forderung, unabhängig von dem Willen des Cedenten, dem Schuldner gegenüber sich anzueignen. Mehr ist auch nicht aus den von Bähr angeführten Gesetzesstellen zu entnehmen, namentlich nicht der von ihm behauptete Satz, daß der Cessionsvertrag in einem dinglichen auch gegen Dritte wirkenden Vertrag sich umgewandelt habe, selbst wenn man davon absieht, daß ein solcher Grundsatz, wie

früher bereits hinlänglich nachgezeigt, gegen allgemeine im röm. Rechte so oft anerkannte Grundsätze verstößt, und deßhalb wenn er auf Geltung Anspruch machen könnte, ganz ausdrücklich hätte ausgesprochen werden müssen.

Dieser Grundsatz steht auch im Widerspruche mit den vielen theilweise von mir angeführten Gesetzesstellen, welche zum Theil sehr ausführlich von diesen Aneignungsmitteln als jetzt noch geltenden Rechte sprechen, namentlich mit den von mir S. 325 wörtlich angeführten fr. 32 D. de proc. welches Bähr selbst dahin auslegt, daß nur die Priorität der Klage, also nicht das der Cession einen Vorrang begründe. Ja, da Justinian im Juni 528, also ganz kurze Zeit vor dem den Compilatoren und den Verfertigern des Cod. repet. prud. ertheilten Auftrage, die Digesten und diesen Cod. zu verfassen, auch den Schenknehmern einer Forderung, denen früher, ausnahmsweise von allen andern Cessionarien, eine actio utilis entzogen war, eine solche einräumte, mithin jetzt allen Cessionaren einen solchen gestattet war, so lag, wäre die Bährische Ansicht richtig, nach welcher schon durch den Cessionsvertrag der Cessionar die ihm cedirte Forderung auch den abgetretenen Schuldner gegenüber sich aneignet, für die früher genannten Compilatoren und die Verfasser des Cod. repet. pract., denen es ausdrücklich zur Pflicht gemacht worden war, alles Veraltete aus den von ihnen verfaßten Gesetzesbüchern hinweg zu lassen, durchaus kein Grund zur Aufnahme der vielen Gesetzesstellen vor, die sich über die sonstigen Aneignungsmittel einer abgetretenen Forderung verbreiten. Namentlich gilt dieses von der so viel versprochenen c 3 C. de novat., vorzüglich wenn man sie so auslegt, wie dieß von Bähr geschieht, indem er hierin auch einen Rechtssatz ausgesprochen findet, der wenigstens zu Justinians Zeiten nicht mehr galt.

Wäre aber jener von Bähr aufgestellte Grundsatz von der Dinglichkeit des Cessionsvertrages weder ausdrücklich von einem Schriftsteller der klassischen Zeit, noch in irgend einer kaiserlichen Constitution ausdrücklich ausgesprochen, derselbe vielmehr nur das Produkt eines noch zu den Zeiten des Kaisers Justinian bestanden habende Gerichtsgebrauches gewesen sein, so würde dieses jedenfalls für den genannten Kaiser, dem doch, wie er durch

seine erlassene 33 C. de donat. zu erkennen gegeben hat, das hier zur Sprache gebrachte Verhältniß kurz vor dem Erscheinen seiner Gesetzesbücher, ganz bestimmt vor den Augen schwebte, eine erwünschte Gelegenheit abgegeben haben, diesen Gerichtsgebrauch, wenn er ihn für heilsam erachtete, gesetzlich zu sanctioniren. Dieses ist aber nirgends von ihm geschehen, wodurch er diesen Gerichtsgebrauch, wenn er wirklich, was jedoch schwer nachzuweisen sein dürfte, bestanden haben sollte, eben so sehr mißbilligt hat, wie dieß von ihm bezüglich der von seinen Vorfahren erlassenen und mit seinen Gesetzesbüchern nicht übereinstimmenden Constitutionen geschehen ist.

Wenn endlich Bähr S. 395 und 396 nachzuweisen sucht, daß die Richtigkeit seiner Lehre, wenn man hieran noch nach röm. Rechte zweifeln solle, doch nach der Auffassung des modernen Rechtsverkehrs nicht zu bezweifeln stehe, und zum Beweise dieses Rechtsverkehrs, welcher der mit ihm übereinstimmende Seuffert Rechtsbewußtsein nennt, auf das Urtheil practischer Geschäftsmänner, namentlich der Kaufleute, sich beruft, so habe ich aus dem Munde solcher Leute gerade das Gegentheil hiervon vernommen. Sie erachteten nämlich meine Ansicht, nach der bei einer an mehrere Cessionarien geschehene Cession einer Forderung, nicht die Priorität der Cession, sondern die Priorität der Denunciation an den Schuldner einen Vorrang begründe, nicht nur dem bestehenden Rechte entsprechend, sondern auch weiter noch, daß nur hierdurch, aus den früher von mir hierfür angeführten Gründen, ein ganz freier Verkehr mit Forderungen erzielt werden könne.

15) Prakt. Pand.-Recht. §. 297. n. c. f.